

O DIREITO FUNDAMENTAL AOS MEIOS EXECUTIVOS

ROBERTA LIA SAMPAIO DE ARAÚJO

I. INTRODUÇÃO

Tem-se por objetivo a demonstração de que o Direito existe para ser cumprido. E, no que toca aos direitos fundamentais, o desrespeito tem sido cada vez mais gritante; quanto mais direitos são garantidos constitucionalmente, menos são efetivados.

Assim, iniciam-se com uma visão geral dos direitos fundamentais como estão postos atualmente, seu histórico, suas gerações ou dimensões, sua aplicabilidade.

Por outro lado, embora não seja possível de fato essa movimentação judicial em massa, a efetivação destes direitos deve-se dar por outros motivos.

Os direitos fundamentais, como inerentes à própria condição da pessoa ou como fruto da conquista das civilizações ao longo do tempo, ocupam uma posição de primazia dentro do ordenamento jurídico, embora continuem sendo diariamente violados.

As normas que positivaram tais direitos são autoaplicáveis. Estes direitos não precisam mais ser regulamentados; o que já está posto no texto constitucional e nas leis em geral precisa ser simplesmente aplicado, em todas as suas esferas, judiciais ou não. E se judiciais forem, o processo de execução vem-se mostrando capaz de satisfazer, de forma plena, a concretização dos direitos, principalmente os fundamentais, pois o processo de conhecimento, muitas vezes, é insuficiente, por carecer de concretude prática. É

como se se ganhasse um prêmio, e não se pudesse levar. Por esta razão, consideramos os meios executivos como um direito fundamental de alta importância.

Analisamos também a questão do acesso à justiça, com uma visão que se estende além do Poder Judiciário e que, em sendo utilizada a via judicial, completa-se com a consecução final do direito pretendido, em sede executiva.

A Constituição abriga estes preceitos como cláusulas pétreas, que, se não forem cumpridas, lançarão esta mesma constituição em um abismo, criado pelo descrédito que tomaria a população, reduzindo-a a nada. Se esta é que faz nascer o Estado, conferindo-lhe personalidade jurídica, sem Constituição, também não há Estado. E aí será o caos.

II. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A consciência universal sobre a importância dos direitos fundamentais chegou a uma nitidez talvez nunca atingida. Talvez nunca estes direitos foram tão proclamados, reconhecidos; entretanto, também nunca foram tão sistematicamente violados como em nossos dias.

Não é suficiente que estes direitos estejam declarados. É nossa obrigação torná-los realidade em nós mesmos e em nossa sociedade. Superar a distância entre teoria e prática, no campo dos direitos do homem, é o nosso maior desafio atualmente.

Este estudo tem sido um dos mais fascinantes na ciência jurídica, talvez funcionando como o grande alicerce jurídico-político, o seu fundamento maior.

Afirmamos isto porque, pela perspectiva dos direitos

fundamentais, é possível analisar-se o caráter democrático ou autoritário de toda uma ordem política vigente. “É ainda esse elenco de direitos que anuncia os princípios processuais mais gerais e indispensáveis e delinea os limites do poder político estatal, razão pela qual os direitos fundamentais constituem o cerne de qualquer ordem jurídica, a “medula das constituições...”¹

A relevância do tema deve-se também ao seu escopo, qual seja o de criar e manter os pressupostos elementares de uma vida com liberdade, com igualdade e com dignidade humana, de acordo com Konrad Hesse, um dos doutrinadores clássicos do Direito alemão moderno.

Esta ligação dos direitos fundamentais com a idéia de liberdade, de igualdade e de dignidade, enquanto valores históricos e filosóficos, conduzem-nos à idéia da universalidade, inerente a estes direitos como ideal da pessoa humana. Esta universalidade traduz-se no sentido de que estes direitos não são apenas para os cidadãos de um ou de outro Estado em especial, mas referentes a todos os homens, enquanto pessoa.

“Tal universalidade hoje posta em xeque pelo advento dos nacionalismos e separatismos que navegam de modo contrário à corrente de globalização das economias, apresenta-se desnudada na necessidade de efetivação material de tais direitos, para que deixem de figurar simbolicamente nas constituições como meros programas políticos e concretizem-se a nível real.”²

¹ Cf. Flávio José Moreira Alves, Notas para a Caracterização Epistemológica da Teoria dos Direitos Fundamentais, *apud* Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 35

² *idem*, p. 38

O que se pretende não é reduzir todos os homens ao mesmo nível, mas estabelecer entre eles, pelas relações de justiça e pelo reconhecimento dos direitos inerentes a cada um, uma participação mais larga de todos os bens materiais e sociais do capital comum.

Direitos fundamentais são aqueles conquistados pela sociedade, com a evolução através dos tempos, e que se, porventura, forem violados, descaracterizam completamente a Constituição, que os abriga e a finalidade das instituições sociais, como o Estado.

São, na essência, segundo entende Carl Schmitt, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado.³

III. BREVE HISTÓRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, de forma expressa nas Declarações e nos Tratados, é algo bem recente e não deixa de ser a cada dia uma novidade, visto que não se esgotam as suas possibilidades, com a conquista contínua de novos direitos pela humanidade. Este reconhecimento talvez fosse melhor tratado como uma reconquista de algo que existiu em uma época primitiva, mas foi se perdendo ao longo dos tempos, especialmente a partir de quando o “primeiro homem cercou um pedaço de terra e disse: “Isto é meu!” E os outros aceitaram aquilo como sendo uma verdade.”⁴

Com o desenvolvimento do sistema de apropriação privada, desenvolve-se também uma forma social de subordinação e opressão, pois o titular da terra impõe seu domínio sobre os que não a têm, mas se relacionam com o bem apropriado. É o surgimento de um poder externo à sociedade, o poder político. Aí também surgiu a idéia de escravidão, para sustentar a injusta

³ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Unveraenderter Neudruck, 1954, Berlim, p. 163-173

⁴ Jean-Jacques Rousseau, *A Origem da Desigualdade Social*, VER ORLANDO

apropriação dos bens. Surge, outrossim, a figura do Estado, como um aparato necessário para este tipo de dominação.

Em meados do século XVII, na Inglaterra, elaboraram-se declarações de direitos modernas, surgidas a partir das revoluções americana e francesa; porém, estes textos se apresentavam limitados, pois tinham uma formação consuetudinária e apresentavam-se apenas como uma grande lista de liberdades públicas.

A primeira declaração em sentido moderno foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, escrita em 12 de janeiro de 1776, anterior à Declaração da Independência dos Estados Unidos. Era, ainda, bastante limitada, como indica o próprio nome, tanto por excluir o povo “mau”, julgado conforme os critérios da sua época, quanto por limitar fisicamente a sua abrangência, desnudando-se do caráter universal atualmente vigente. Depois, em 17 de setembro de 1787, foi aprovada na Filadélfia, a Constituição dos Estados Unidos da América.

Em 27 de agosto de 1789, adotada pela Constituinte da França, foi promulgada a tão mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Seu nome é um pouco estranho, dando a impressão de que existem direitos do homem e direitos do cidadão, como se houvesse dois sujeitos diferentes. A intenção, no entanto, foi ressaltar que o enfoque destes direitos se dá em relação à condição de pessoa do homem e à sua condição de cidadão. Não precisamos nem nos ater à contribuição trazida por esta importante declaração, qual seja o seu caráter universalizante.

As outras declarações do século XVIII e XIX voltaram-se basicamente para as garantias formais da liberdade.

Quanto ao Brasil, sempre expressou uma declaração dos direitos do homem, brasileiro e estrangeiro residente no país, em

suas Constituições. A Constituição do Império já consagrava quase que integralmente os direitos individuais conhecidos hoje.

A questão técnica que se apresenta na evolução das declarações de direitos é a de assegurar a efetividade dos direitos ali enunciados.

IV. DAS GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser melhor compreendidos se classificados segundo a sua vinculação. Esta classificação em gerações encontrou em Paulo Bonavides o seu maior expoente. Outra nomenclatura surgiu por sugestão de Willis Santiago Guerra Filho, qual seja, a de dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos da quarta geração não excluem os das gerações anteriores, não se sobrepujam ou representam o ápice de sua evolução. As gerações dos direitos complementam as anteriores, que não apenas subsistem, mas permanecem com toda a eficácia normativa que lhes é devida pelo ordenamento jurídico. Por isso, a nomenclatura “gerações” não é nem apropriada, pois dá uma idéia de superposição revogatória. Foi nesta linha de pensamento que se filiou Willis Santiago Filho, ao denominar as gerações de dimensões de direitos fundamentais. Passaremos a um breve comentário sobre as gerações e/ou dimensões.

Os direitos de primeira geração relacionam-se à liberdade e à dignidade. Correspondem a limites postos à atuação do Estado em face da pessoa humana; são até considerados direitos de resistência. Tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado. São direitos civis e políticos, que já conquistaram uma universalidade formal, presentes em todas as Constituições do mundo moderno. São direitos que valorizam o homem, como

indivíduo.

O século XX trouxe-nos os direitos de segunda geração. São os direitos sociais, culturais, econômicos, os que dizem respeito à coletividade. Vinculam-se diretamente ao princípio da igualdade e foram introduzidos no constitucionalismo pelo que se conhece hoje como o Estado Social. Enfrentaram e enfrentam grandes dificuldades por exigiram uma prestação do Estado, uma ação específica. Houve quem defendesse que estes direitos integravam a esfera programática, como simples normas gerais, diretrizes, sem muita aplicação prática. Duvidou-se de sua eficácia e argumentou-se que sua aplicabilidade seria mediata. Esta discussão, contudo, já está superada no sentido de que sua aplicabilidade é imediata e sua eficácia deve ser buscada e praticada.

Os direitos de terceira geração estão assentados sobre o princípio da fraternidade e são dotados de alto grau de humanismo e de universalidade, por via de consequência. Surgiram de questionamentos relacionados a temas como desenvolvimento, meio-ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade. A descoberta destes novos direitos, que abrem uma oportunidade para a descoberta de tantos outros, caracterizou os direitos de terceira geração como sendo o direito ao desenvolvimento tanto dos indivíduos, como das nações: o direito à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum dos povos.

Mais adiante, como reflexo da globalização política, surgem os direitos de quarta geração, que correspondem à última fase da concretização do Estado Social. São o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Estes direitos não somente culminam a objetividade dos direitos de segunda e de terceira geração como absorvem, sem remover, a subjetividade dos direitos de primeira geração ou dimensão, como preferiam chamar. Não podemos perder a perspectiva de que os direitos fundamentais têm apenas uma

dimensão subjetiva e uma outra, objetiva, donde se falar em seu “duplo caráter”... A dimensão objetiva é aquela em que os direitos fundamentais se mostram como princípios orientadores da forma como o Estado, que os consagra, deve organizar-se e atuar.⁵

Transcrevo o pensamento do mestre Paulo Bonavides pelo seu preciosismo e como conclusão a questão relativa aos direitos fundametais:

“A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.

(...)

Os direitos fundamentais são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão a sociedade está enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada.”⁶

Assim sendo, vê-se a importância de discutir e efetivar-se os direitos fundamentais, através de um amplo conceito de acesso à Justiça, que vai desde antes de iniciar-se o processo até a sua conclusão definitiva, com o processo de execução. Daí a noção de direito fundamental aos meios executivos.

V. DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça tem sido diversas vezes entendido como o simples acesso ao Poder Judiciário, ou pior, como o mero ato de

⁵ Willis Santiago Guerra Filho in Teoria Processual da Constituição, São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 46

⁶ Paulo Bonavides in Curso de Direito Constitucional, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 527 e 528

protocolar-se uma petição perante órgão do juízo. Verifica-se, contudo, a necessidade de uma concepção mais ampla deste direito fundamental, cuja concretização está diretamente relacionada a todos os outros. Esta ampliação do conceito deve estender-se a ponto de se utilizarem todos os meios legítimos, institucionais ou não, jurídicos ou não, que se dignem ao exercício da cidadania, que demanda uma maior participação popular nos procedimentos decisórios, inclusive dentro do próprio processo judicial.

O problema do acesso à Justiça não é novo, mas foi depois do pós-guerra que esta questão eclodiu. Vale transcrever o que escreve Boaventura de Sousa Santos, em artigo integrante do livro “Direito e Justiça: a função social do Judiciário”, acerca do assunto:

“Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do estado de bem-estar transformou o direito ao acesso efetivo à Justiça num direito *charneira*, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores.”⁷

O acesso à Justiça seria assim uma forma de efetivação dos direitos fundamentais decorrentes da Constituição de 1988, devendo ser entendido como pressuposto básico do Estado Democrático de Direito, talvez o mais fundamental dos direitos humanos. Daí a importância da compreensão de que o acesso à Justiça identifica-se com todos os outros direitos no sentido de

⁷ Boaventura de Sousa Santos in *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. Org. por José Eduardo Faria. São Paulo: Ática, 1994, p. 45.

que não são meras exortações morais, pelo contrário, devem ser efetivados, concretizados, por todos os meios possíveis, judiciais e extrajudiciais.

O acesso à Justiça, inclusive, alcança uma vasta gama de atuações objetivas, que se entendem desde antes mesmo do processo judicial ter-se iniciado, ou fora dele, até a sua conclusão, em sede de processo de execução.

VI. DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Analisaremos rapidamente algumas questões relativas ao processo de execução, iniciando pela sua finalidade na completa definição do prof. Marcelo Lima Guerra, no livro *Execução Forçada*:

“... através do processo de execução presta-se a tutela executiva, que consiste em proporcionar ao titular de um direito consagrado em um título executivo um resultado prático igual ou equivalente ao que ele obteria se o titular da respectiva obrigação o cumprisse espontaneamente. É importante frisar que tal resultado é de ser obtido, no processo de execução, independente, ou mesmo contra a vontade, daquele a quem incumbiria o cumprimento da obrigação.”⁸

Pela definição, podemos perceber a noção de que o processo executivo se faz necessário na medida em que o processo de conhecimento não satisfaz integralmente o direito material protegido. A concretização dos direitos materiais em conflito

⁸ Marcelo Lima Guerra in *Execução Forçada: Controle de admissibilidade*. Coleção Estudos de Direito de Processo, v. 32, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.16.

precisa ser completa, principalmente quando se trata de direitos fundamentais, que, como o próprio nome indica, constituem o fundamento de uma Constituição, e, por conseqüência, de um ordenamento jurídico. Se a satisfação desses direitos for incompleta, de pouco adiantou a sua consagração e positivação na Lei Maior.

VII. DA NECESSIDADE DE EFETIVIDADE JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAS

A importância da lei como instrumento de mudança social, apesar de ser uma idéia pacífica no entendimento geral, tem sido questionada tanto pelo número excessivo de normas como pela sua não aplicabilidade. Temos muitas leis e pouca iniciativa prática; leis abrangentes demais com aplicabilidade limitada, por exigirem regulamentação, que raramente acontece.

A positivação de um direito implica necessariamente a existência de um sistema normativo, composto por uma obrigação e uma sanção. É o que costumamos denominar de coercibilidade das normas jurídicas, o que as diferencia das normas de caráter puramente moral.

Os direitos fundamentais, como direitos naturais positivados na legislação, são derivados do estudo das leis positivas, caracterizados pela obrigação e pela sanção e por uma autoridade apta a exigir o seu cumprimento, qual seja o Estado de Direito ou Estado dos Cidadãos.

Os direitos fundamentais, contudo, receberam um grau mais elevado de garantia ou de segurança pela Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, visto que foram colocados em uma categoria de imutabilidade ou de, pelo menos, uma mudança bem mais complexa, só por meio de emendas. Assumiram a condição

de cláusulas pétreas (art. 60, CF/88), recebendo uma proteção especial para resguardá-los da intervenção modificadora do legislador ordinário.

Estes direitos já passaram por uma fase de baixa normatividade ou de duvidosa eficácia, em virtude da sua própria natureza, por exigirem do Estado prestações materiais nem sempre realizáveis, seja pela carência, seja pela limitação dos recursos. Inclusive, há uma corrente, muito desenvolvida na doutrina italiana, que entende haver na Constituição normas sem caráter jurídico, “privadas de eficácia e insuscetíveis de violação sancionável”, denominadas diretivas, em contraposição às preceptivas, extremo oposto daquelas. E enquadra os direitos fundamentais entre estas normas.

Contra ela posta-se José Afonso da Silva, para o qual todas as normas constitucionais têm eficácia jurídica, baseando-se em Ruy Barbosa. “Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.”⁹

Os atos normativos apresentam três facetas distintas, porém interligadas. A existência, primeira delas, requer agente, forma e objeto suficientes à incidência da lei para que ela possa se manifestar no mundo dos fatos. A seguir, vem a validade, para a qual são necessárias competência, forma adequada e licitude. E, por fim, está a eficácia, que consiste na aptidão para a produção de efeitos.

Vale ressaltar que a eficácia de que se está falando é a jurídica; o cumprimento efetivo da norma configura-se em eficácia social. Portanto, ainda que descumprida por todos os cidadãos, a norma constitucional permanece tendo eficácia jurídica, visto que sua capacidade não se desnaturou, e é desta eficácia, principalmente

⁹ José Afonso da Silva in Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 76

em relação aos direitos que exigem uma prestação positiva do Estado, que ainda se clama.

É neste contexto que se faz necessário entender os meios executivos como direito fundamental, até como forma de efetivação dos direitos fundamentais enunciados na Constituição e como finalização dos procedimentos que dizem respeito ao acesso à Justiça, já comentado anteriormente.

VIII. DO DIREITO FUNDAMENTAL AOS MEIOS EXECUTIVOS

O processo de execução representa o último recurso de realização prática do Direito em caráter definitivo, que é uma característica da jurisdição.

O caráter jurisdicional da execução está igualmente previsto no amplo conteúdo do art. 5º, XXXV, de nossa Carta Magna, ou melhor, está contido no direito fundamental à tutela jurisdicional, que compreende também o direito ao cumprimento das decisões judiciais.

Portanto, o direito à tutela jurisdicional não se resume tão somente no direito de acesso ao Judiciário, nem simplesmente em obter o mérito de um litígio, mas inclui o direito à execução da decisão, impedindo que esta seja somente uma decisão abstrata, privada de parte maior de sua efetividade. Emerge a necessidade de considerarem-se os meios executivos como um direito fundamental, que se pudéssemos fazer tal diferenciação, ocupariam um patamar mais elevado, em virtude de gerarem uma dependência dos outros, tendo em vista que a sua efetiva concretização é que proporciona a plena concretização do direito de acesso à Justiça e, como conseqüência, todos os direitos fundamentais exaltados em nossa Constituição Federal, bem como todos os que ainda poderão ser positivados.

IX. DO PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O objetivo final da Constituição é assegurar os direitos fundamentais e o do Judiciário é justamente o de garantir a efetivação destes direitos. O juiz, portanto, deve ser o maior aplicador dos direitos fundamentais e, por consequência, da Constituição; ou se preferir inverter a ordem: o maior aplicador da Constituição, logo, dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais têm aplicação imediata e não se exaurem nos enumerados no texto constitucional, como já está previsto no parágrafo 2º do art. 5º, da CF/88. São um conjunto de materialidades históricas, de conquistas, de avanços, previstos na Constituição e além dela, que precisam ser urgentemente garantidos e aplicados; daí também a importância da formação e aperfeiçoamento dos julgadores, do Poder Judiciário, para que possam exercer cada vez mais e melhor uma jurisdição constitucional autêntica e eficaz.

X. CONCLUSÃO

O mais importante, no que tange aos direitos fundamentais, não é fundamentá-los ou proclamá-los, mas protegê-los. O nosso papel deve ser o de executar as medidas já imaginadas e dedicá-los à busca daquelas ainda encobertas para a efetiva proteção desses direitos.

É necessário o compromisso do jurista, como operador do Direito, com a difusão do conhecimento acerca dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões e/ou gerações. É preciso deixar de enxergá-los como direitos exclusivamente naturais, mas sim como importantes instrumentos político-jurídicos para a transformação da ordem social vigente.

Nesses tempos de total descumprimento e desrespeito aos direitos fundamentais do homem, é essencial que se dê força ao Ministério Público, bem como ao Poder Judiciário, tornando-os efetivamente autônomos e independentes, para que a sociedade possa ter órgãos em condições de defendê-la contra o descaso com que vêm sendo tratados os direitos fundamentais no Brasil. Não haverá uma sociedade realmente democrática sem um Ministério Público e sem um Poder Judiciário fortes e independentes, incumbidos de zelar pela efetiva observância da lei e da Constituição Federal, inclusive até em sede executiva.

Todas estas teorias e conceituações não têm nenhuma razão de existir se não estiverem totalmente voltadas para a sua efetivação, oferecendo o substrato teórico para a mais eficaz aplicação e exigibilidade dos direitos fundamentais, inclusive modificando o *status quo* e propiciando uma perspectiva de melhores dias. Devem ser assecuratórias dos direitos e possibilitadoras de mudanças necessárias na estrutura social, servindo como uma ferramenta importante para a devida efetivação de tais direitos.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

FARIA, José Eduardo (org.). Direito e Justiça – a Função Social do Judiciário. Série Fundamentos, vol. 48. São Paulo: Ática, 1994.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução Forçada – Controle de Admissibilidade. 2ª ed. Coleção Estudos de Direito de Processo, vol. 32. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.